

論 説

罪刑法定主義と中国少数民族の慣習法

鄭 澤 善

目次

- 一、はじめに
- 二、中国少数民族における慣習法の適用の現状および論争
- 三、罪刑法定主義と慣習法
- 四、結びにかえて

一、はじめに

慣習法とは、一定の社会において事実上行われている一定の慣行が、共通の規範意識（民衆の法的確信）に基づいて遵守されている場合に、法源性⁽¹⁾を認められた規範をいう。日本の「法の適用に関する通則法」3条は、「公の秩序又は善良の風俗に反しない慣習は、法令の規定により認められたもの又は法令に規定されていない事項に関するものに限り、法律と同一の効力を有する」と規定して、慣習が慣習法になる場合があることを認めている。私的自治の原則が認められる私法の領域では、慣習法は重要な役割を果たしている。

しかし、権力の発動による人権の剥奪が問題になる刑法の領域では、

一般に慣習に法源性を認めて処罰することは許されない。罪刑法定主義は、形式的意義における法律によって犯罪と刑罰が定められることを要請する。したがって、慣習法は、刑法の法源とはなりえない。慣習法の排除 (Verbot des Gewohnheitsrechts) は、罪刑法定主義の派生原理の一つであるとされている。慣習法は、民主的手続きを経て確定されたものではないし、その存否や内容も不明確で、罪刑法定主義の基礎にある民主主義と自由主義・個人主義の理念と相容れないからである。⁽²⁾

もっとも、刑法の領域で慣習法が意味を持つこともないわけではない。例えば、刑罰法規が規定した犯罪に当たるか否かの判断の前提となる事実や法律関係を、慣習法で決定することは許される。日本の水利妨害罪 (刑法123条前段) は「水利」の妨害を罰しているから、水利権がある場合でなければ犯罪は成立しないが、この水利権の存否は民事法によって決まる。これを慣習法によって決めることは許されるとされている。この場合、慣習法で犯罪を創設しているのではなく、犯罪成立の前提となる民事法的事実の存否を民事慣習法によって判断しているにすぎないからである。また、慣習を根拠に犯罪を認めることは許されないが、慣習を根拠に犯罪を否定することは許される。日本には、月見に供えた団子を子どもが持ち去る風習のある地域があるが、それが地域の人々の法的確信になっていれば、窃盗罪の成立を否定することも差し支えないとされる。この場合は、慣習を根拠に個人の自由が拡大されるのであり、個人の自由が制限されるわけではないからである。⁽³⁾

中国は多民族国家で、漢民族以外に55の少数民族がある。その圧倒的多数は中国西部に住んでおり、彼らは特殊な伝統および自然環境の影響で、漢民族とは違う法文化を持っている。犯罪と刑罰についても、いまだ主に慣習法を法源としている。そして、これが上述の罪刑法定主義の派生原則の一つである慣習法の排除と衝突するため、さまざまな社会問題が生起している。本稿では、その現状や対応、これらをめぐる論争を概観し、刑法領域で慣習法が意味を持つ場合に留意しつつ、その解決に

向けて若干の検討を加えることにする。

二、中国少数民族における慣習法の適用の現状および論争

(一)慣習法の適用の現状および分類

(1)慣習法適用の諸事例

罪刑法定主義の派生原則の一つは慣習法を排除するが、中国少数民族が主に生活している地域では、刑事法分野においても慣習法の適用が盛んである。以下の幾つかの事例が、その典型である。

事例 1

貴州省台江県巫峻村苗族人の李格略（女性）は、村の人々から「穢れており、鬼に取り付かれている⁽⁴⁾」と見られてきた。村の家畜が死ぬとか、子どもが病気にかかるとかすると、みな彼女に取り付いた「鬼の仕業」だとされた。1986年3月6日、村の李王耶は、自分の息子が重病にかかったのは彼女のせいだと思い、親戚を連れて彼女の家に乱入して財物を損壊するとともに、むりやり彼女を自分の家に連れてきて、重病の息子のためにいわゆる「追儺」をさせた。その間、彼らに殴られた彼女は何回も気を失った。ちょうどその時、重病の息子が死んだため、激怒した彼は多数の村民を連れて彼女の住まいを壊すとともに、一部の財産を持ち去った。事件後、県公安局が派遣した警察が被疑者を逮捕しようとしたが、逆に200人を超える村民に包囲され攻撃された。村の人々は皆、子どもが重病にかかって死んだのは、彼女の「鬼の仕業」のせいだと思い、住まいを壊した行為が犯罪だとは思わなかった。村の役人たちも被疑者の逮捕に反対し、その理由は、被疑者を逮捕した場合、彼女の夫がこの村では生活できなくなることだった。このような事情の下で、県から派遣された警察および問題解決にかかわった役人たちは、5日間の教育と説得を経て、被疑者が被害者に謝罪するとともに、村の人々が彼女の住まいを立て直すことを決め、酒席を設けて和解することにさせた⁽⁵⁾。

この事例は、苗族の伝統的禁忌に関する慣習法と密接な関係がある。

苗族の人は、村に伝染病が流行ったり、家畜が何らかの原因で大量に死んだりすると、誰かの「鬼の仕業」だと確信する。このような事件が発生すると、上述の事例のように、被害者およびその親戚らは、鬼に取り付かれていると思われる人に対して責任追及するのは当然だと考えている。苗族の慣習法上、この目的を達成するためには、人に傷害を与えたり、財物を壊したり、場合によっては村から追い出しても、「合理的かつ正当」だと考えられている。このような行為は、中国でも典型的な傷害罪（234条）や不法侵入罪（245条）等に当たるが、刑法に従って行為者を処罰すると、その地の少数民族の「民意」と衝突するわけである。

事例 2

2002年1月31日、雲南省苗族・瑶族・タイ族自治州人民法院は、何という男性が幼女姦淫罪（236条）に問われた事件を受理した。被告人である何という男性と被害者の馬という女性（1988年9月3日生まれ）は、少数民族が集まって居住する山の中の村に住んでいたが、この村には早婚の風習があり、2001年10月から二人は夫婦として同居していた。このことが事件となったのである。2001年12月18日、検察側は、被告人が恋愛という名目で幼女を連れてきて同居し、性的関係をもったものとして、この行為が幼女姦淫罪に当たるとの理由で起訴した。被告人も事実関係を認めた。この事件について、人民法院は、被告人の行為が幼女姦淫罪に当たるとは認めつつ、情状が軽いことを理由に無罪の判決を下した。⁽⁶⁾

この事例は、中国少数民族の早婚の慣習と関係がある。中国の苗族・拉祜族等の少数民族はみな早婚の慣習があり、13・14歳の少女が同じ年頃の男性と同居するのは当たり前のことだと認識されている。だが、これが刑法の幼女姦淫罪に当たるわけである。こうした問題に対して、この事例で、人民法院は、被害者と加害者が少数民族の居住する辺鄙な地域で生活していることから、地方の慣習に従って同居するのを尊重すべきだと考えて、無罪にしたのである。

事例3

被告人才夫旦(16歳)は、青海省海南自治州共和県の遊牧民であった。1982年正月の夜、彼は同じ16歳の女性甲のテントと一緒に食事をしてから、彼女に性的関係を求めたが、断られた。その後、二人は喧嘩になり、結局、彼女は彼に殺されてしまった。被告人が逮捕されたあと、被害者の父親および親戚等20人が当局に嘆願書を書き、被告人を釈放して当地の慣習により事件を解決することを求めた。その慣習とは、人が殺されると金銭で命の対価を弁償することであった。その後、村の長老の斡旋により、被告人が被害者側に牛39頭と馬3匹を弁償することで示談が成立した。この事件について、海南チベット族自治州中級人民法院は、殺人罪(232条)で懲役10年の判決を言い渡した⁽⁷⁾。しかし、判決が言い渡されたあとでも、被害者の親族や当地の遊牧民はもとより、地方役人でさえ、慣習によって問題が解決された以上、両家の間に矛盾はもうなくなっており、今後も互いに恨まないから、被告人を釈放すべきだと主張した⁽⁸⁾。

殺人が犯罪にならない刑法は、世界中を見渡してもまず存在しないし、多くの国では死刑か重い処罰で対応する。しかし、全民族が仏教を信ずるチベット族は、「生死輪廻」を信じているため、生命が亡くなることをそれほど残虐だと思わない。彼らは、殺人は命をもって償うべきだとも考えていないが、資源に恵まれていない彼らにとっては、金銭的または物質的な処罰がかえって厳しい。それにチベット人の素朴で「功利的」な考えでは、亡くなった人が生き返ることはできないから、加害者を死刑で処罰するより、金銭的賠償を貰う方が残された者にとっては有益だと認識している。この事例で見られるように、被害者の親族および村の多くの人たちは、金銭で命の対価を弁償する処理を希望し、たとえ人民法院が刑罰を科す判決を下しても、そうした慣習法の適用は避けられないかも知れない。

事例 4

1992年、楊遠軍（男）と章元香（女）は結婚したが、楊遠軍は、やがて章元香が同じ村の同族の楊錫鵲と姦通していることを知った。楊遠軍は、楊錫鵲に今後は章元香と交際しないことを要求し、楊錫鵲は縁を切ることに同意したが、その後も二人は姦通を続けた。1995年の春、この件で、楊遠軍はナイフで楊錫鵲を刺し、彼に重傷を負わせた。その事件によって、二人の姦通の事実が村人たちに知られるところとなった。姦通が発覚してから、章元香は、村の人々から悪女として後ろ指をさされ、ときには罵られるようになって、その圧迫に耐えられず、ついに自殺してしまった。章元香が自殺した後、村の人々は、このような結果になったのはみな楊錫鵲のせいだと思い、彼を非難した。仕方なく楊錫鵲は、章元香の火葬費用2800元を出すことに同意し、まず1200元を楊遠軍側に渡した。1996年2月27日、楊錫鵲は楊遠軍に刺され重傷を負ったことを理由に、処罰を求めて人民法院に訴えと同時に、民事賠償をも求めたが、人民法院は、楊錫鵲にも責任があることを理由にこれらの訴えを退けた。⁽⁹⁾

このような事例は、中国の農村でよく見られることであり、圧倒的多数の中国人はそのような人民法院の判決が正しいと思っている。だが、加害者の行為が正しいとされ、あるいは許される根拠は、刑法上は存在しない。なぜなら、姦通は倫理・道徳の観点からは非難されても、刑法上は犯罪ではないし、他方で、加害者の行為は典型的な傷害罪（234条）に当たるからである。人民法院の無罪判決は、その意味では、慣習法を尊重したものであると言える。

事例 5

1980年、呉世華（当時16歳）と同村の少女王享桂（当時14歳）は地元（侗族）の風習に基づき婚約し、両家は親戚として付き合い始めた。1982年、王の父親が病気で亡くなったとき、呉は当地の慣習に従って祭典に参加したばかりでなく、農繁期には王家の仕事も手伝った。1983年には

王家に結納も送ったが、1985年から、王は石という人の紹介で、楊という別村の男性と交際するようになり、1986年からは同居するに至った。そのことを知った呉は、何回も王家に行って王の行方を彼女の母親に尋ねたが、王の母親は教えなかった。そこで、呉は村の親戚ら40人を連れて王家に行き、王の行方を再び問いただしたものの、王の母親はやはり教えなかった。呉らは王家の牛1頭と豚2頭を持ち去っただけでなく、王の母親を殺すと脅した。怖くなった王の母親が紹介者である石の自宅を訪ね、どうしたら良いかに対応の相談を持ちかけたところ、呉らも王の母親の後を追って石家に乱入して、婦女誘拐を理由に、石家の豚1頭を殺すとともに牛1頭を連れ去った。翌日も、呉らは再び石家に乱入して食糧100キロを持ち去った。こうした事件の発生後、王享桂は人民法院に呉を訴え、人民法院の調停で示談が成立した。和解の条件は、

婚約してから呉が王家のために費消した900元に相当する金品を王家が呉家に返還する、呉が王家に家財損傷金15元および豚2頭の価格390元を弁償する、呉が連れ去った牛1頭を王家に還すとともに、食糧50キロを精神的損害に対する賠償として支払う、というものであった。⁽¹⁰⁾

このような事例における呉らの行為は、中国少数民族の慣習法では、自力救済として普遍性を持つ正当行為であるが、中国の刑法上は典型的な犯罪行為でもある。事例5は、侗族の伝統的婚姻風習と密接な関係がある。侗族には、婚姻問題について、風習には従っても法律には従わない慣習がある。男女が地元の民族慣習に基づいて婚約関係を結んだ以上、そのことを後悔してはいけないし、もし一方が後悔して婚約を破棄した場合、もう一方が慣習に従って相手の家に押しかけ、財物を奪ったり壊したりしても、当然なことだと思われる。問題は、慣習法上では当然と見られるこうした「権利」行使が、刑法では許されない犯罪行為になることである。

(2) 慣習法が適用される分野と方式

中国少数民族の慣習法が適用される分野を見ると、婚姻・家庭、

精神・信仰、生産生活、紛争救済の四つに分類できる。⁽¹¹⁾

具体的に見ると、婚姻・家庭分野での慣習法の適用がもっとも多い。その中でも、重婚・早婚等に関する慣習法の適用が目立つ。チベット族・怒族・タイ族等の民族では、今でも一夫多妻又は一妻多夫の風習を保っている地域があり、それは珍しいことではない。問題は、このような風習が刑法の重婚罪と衝突することである。拉枯族・八二族・タイ族等は、早婚の風習を今も根強く残しているが、早婚に伴う性的行為の発生が刑法の幼女姦淫罪に当たる。一部の少数民族では、今でも「強奪婚」と言われる婚姻風習が流行っているが、「強奪婚」の過程においては、ある程度の暴力と強制が伴わざるを得ない。女性の方もある程度の抵抗はする。表面上は反抗していても、内心では同意しているときは別として、このような行為が強姦罪になる可能性は否定できない。景頗族は、男女間の性的関係が割と奔放で、交友という名目で、同時に何人かの異性と性的関係を持つのは普通であるが、場合によっては罪になる可能性がある。⁽¹²⁾

精神・信仰の分野では、二つの慣習法が今も適用されている。一つは事例1で見たような「魔女狩り」の慣習である。苗族・タイ族の人は、村に伝染病が流行ったり、家畜が何らかの原因で大量に死んだりすると、誰かの「鬼の仕業」だと思う。このような事件が発生すると、被害者らは、「鬼の仕業」をする者だと思われる人に対して責任を追及する。そうした人に傷害を与えたり、その財物を壊したり、場合によっては村から追い出しても「合理的かつ正当」だと思われるが、これは傷害罪、不法侵入罪等に当たる。もう一つは所謂禁忌犯で、少数民族の禁忌を破った人に対しては、慣習法に従って重罰が与えられるが、このような慣習法上の「私刑」は刑法の重罪に当たる。⁽¹³⁾

生産生活の分野では、一部の少数民族に存在する荒地を開墾する慣習が問題となる。このような開墾行為は自然なことだと彼らは思うが、森林の濫伐および野焼きを禁止する刑法の規定と衝突する。他にも、チベット族等は、刀を身に付ける習慣があるが、これも刑法の規定に違反する

ことになる。

紛争救済の分野での慣習法の適用もたいへん盛んである。紛争が発生した場合、特に犯罪に関わる行為については、刑法または他の法律で解決すべきであるが、少数民族にとっては、慣習法に従うのが常識となっている。自力救済も紛争解決の手段になっているが、これらの行為自身が違法であり、犯罪になる可能性が大きい。事例3の金銭で命の対価を弁償する事件や事例4の姦通問題の処理から窺えるように、⁽¹⁴⁾刑法と慣習法の衝突は著しい。

慣習法が適用される方式としては、以下の五つが挙げられる。

第一は、刑事事件を民事調停でもって解決するものである。事件が発生した場合、両方の当事者および地元の役員等は調停による問題解決を望む。だが、このような問題解決の仕方は、法律上は許されないのである。

第二は、事件が当局に受理されない方式である。とくに刑事事件が民事調停で解決されなかった場合などは、通例なら刑事事件として処理されなければならない必要性が大きい。慣習法を考慮して警察の方も検察の方も刑事事件として捜査しようとししないものである。慣習法上の「正当行為」を刑法によって捜査・処罰することにより、真正面から慣習法と刑法が衝突することになるような場合に、これを避ける意図からである。

第三は、不起訴（起訴猶予）とするものである。不起訴にすると、刑法上は犯罪に当たるものの、情状などを鑑み、刑事手続きまでは取らないことになるものである。このような問題の処理の仕方は、法律は無視できないが、少数民族の慣習法も考慮しないわけにはいかないので、慣習法と法律のあからさまな衝突を避けるために、検察側がやむを得ず行うやり方ではないかと思われる。

第四は、刑法を解釈する際に慣習法を考慮する方式である。裁判官たちも少数民族の慣習法の根強さをよく知っているが、刑法などの制定法には無罪にする根拠がない。だから、法律条文を解釈する際に、できる

だけ抽象的かつ曖昧な概念のところなどを利用して慣習法を取り込むのである。つまり、制定法を解釈するのに慣習法を取り入れて、表面上は制定法に従って処理するが、実際には慣習法も尊重する訳である。慣習法が考慮されているので、被疑者はもちろん、被害者も納得することになる。

第五は、いわば二重処罰的な方式である。刑法と慣習法の抵触の仕様によっては、たとえ刑法に従って被告人が処罰されたとしても、慣習法上の罰として金銭的賠償などもしなければならないことがある。その場合、結果として、被告人は二重処罰を受けざるを得ない。問題は、このような処理が一事不再理の原則に違反することである。

(二)慣習法の適用に関する論争

中国の刑法学界では、少数民族の慣習法の適用について、以下のような三つの主張がなされている。

第一は、慣習法の適用は禁止すべきだという主張であり、一部の地方政府もこれに賛同している。つまり、1990年代中ごろから、和解が調停で刑事事件を解決するやり方について、特に金銭で命の対価を弁償する方式について、強烈な批判とともに禁止すべきだと主張されてきた。理由としては、中国の刑事訴訟法3条の規定によれば、刑事事件は公安・検察・人民法院により処理されるべきで、法律の規定以外に、如何なる役所・団体および個人も、そうした権力を行使する権限を持たない、ということが唱えられている。人民法院は中国の唯一の裁判機関で、如何なる役所・団体および個人も人民法院の代わりに裁判権を行使することは認められない。犯罪行為によって被害者またはその家族が、人身・経済的損失を被っても、どのような責任を追及するかは人民法院の判決によらなければならない。現在、一部の少数民族地域に流行っている「金銭で命の対価を弁償する」方式は、地元の宗教関係者または有識者により、被害者の親族と加害者を調停する形で行われている。命の対価がいくらに値するのかも彼らによって決められているが、このような

やり方は、封建部落の慣習法に則って事件を処理することと同じである。法律に基づいて処理すべき刑事事件を民間人に任せ、昔の慣習法によって処理することは、国の法律に規定された刑事事件管轄原則に背くばかりでなく、国家の刑事裁判権を僭越することにもなる、とされるのである。⁽¹⁵⁾このような主張が、これまでの多数説であった。

1994年10月9日、青海省海南チベット族自治州人民検察院は、青海省海南チベット族自治州人民代表大会常務委員会に「全州の農牧地区における殺人・傷害致死に関して、金銭で命の対価を弁償することを禁止する」立法案を提出した。1995年3月30日、青海省果洛チベット族自治州政法委員会⁽¹⁶⁾は「金銭で命の対価を弁償することを禁止する臨時規定」を公布した。2000年4月13日、青海省黄南チベット族自治州州委員会は、「法律に従って事件を解決し、金銭で命の対価を弁償することを禁止する規定」を公布した。2002年7月26日、チベット族自治区第七回人民代表大会常務委員会第27次会議は「金銭で命の対価を弁償する違法犯罪行為を処罰する規定」⁽¹⁷⁾を採択した。これらの規定に見られるように、応報型司法理念の影響で、政府および実務では、金銭で命の対価を弁償する慣習法は禁止すべきだと説かれている。

第二は、自治立法権と変通権によって解決すべきだという主張である。その根拠として、以下のように、いくつかの規定が挙げられている。これらの規定の運用によって、地域の実情を反映させた解決が可能となると考えるのである。

憲法115条は、「自治区・自治州・自治県等の自治機関は、憲法第三章第五節の規定に基づいて、地方国家機関の職権を行使することができると同時に、憲法・民族地域自治法及びその他の法律に基づき、自治権を行使し、または地域の実情により、国の法律・政策を実施する権限を有する。」と規定し、同116条は、「民族自治地域の人民代表大会は、地域の政治・経済及び文化的特徴により、自治条例または単行条例を制定する権限を有する。自治区の自治条例または単行条例は、全国人民代表大

会常務委員会の許可を得てから効力を発する。自治州・自治県の自治条例または単行条例は、省または自治区の人民代表大会常務委員会の許可を得てから効力を発するが、同時に全国人民代表大会常務委員会に報告して記録に残す。」と規定している。

また、民族地域自治法19条は、「民族自治地域の人民代表大会は、地域民族の政治・経済・文化に基づき、自治条例または単行条例を制定する権限を有する。自治区の自治条例または単行条例は、全国人民代表大会常務委員会の許可を得てから効力を発する。自治州・自治県の自治条例または単行条例は、省・自治区・直轄市の人民代表大会常務委員会の許可を得てから効力を発するが、同時に全国人民代表大会常務委員会または国务院に報告して記録に残す。」と規定している。

他方、1979年に制定された刑法80条は、「民族自治地域で本法の規定をそのまま適用できないときは、自治区・省の国家権力機関は、地域の民族の政治・経済・文化の特徴及び本法の基本原則に基づき、変通させまたは補充する権限を有するが、全国人民代表大会常務委員会の許可を得てからしか実施することができない。」と規定した。当時、刑法のこの変通に関する規定は珍しいもので、当時の憲法あるいは1982年憲法にも「変通」に当たる表現が見つからない。ただ、民族地域自治法20条には、「上級国家機関の決議・決定・命令または指示が民族自治地域の実情に合わないときは、自治機関は上級国家機関の許可を得て、変通させて実施するか停止することができる。上級国家機関は、下級国家機関の報告を受けてから60日以内に回答しなければならない。」と規定されていた。もっとも、ここの「変通させて実施する」の意味および上級国家機関の決議等にどのようなものが含まれるかは明らかではない。⁽¹⁸⁾

なお、1997年に改正された刑法90条は、1979年刑法80条の規定を次のように改正した。すなわち、そこでは本旨は変わらないが、「民族自治地域で本法の規定をそのまま適用できないときは、自治区・省の人民代表大会は、地域の民族の政治・経済・文化の特徴及び本法の基本原則に

に基づき、変通させまたは補充する権限を有するが、全国人民代表大会常務委員会の許可を得てからしか実施することができない。」と規定している。ただ、このような規定はあるものの、いまだにそのような対処を定める立法の実例はない状況である。⁽¹⁹⁾

第三は、罪刑法定主義の解釈によって解決すべきだという主張である。通説は、罪刑法定主義の形式的理解に基づいて、罪刑法定主義は慣習法を排斥するという結論を導いている。罪刑法定主義は、「法律なければ刑罰なし」という標語で言い表される。それは、いかなる行為が犯罪となり、これにどのような刑罰が科されるかは、あらかじめ議会（立法府）が制定する法律によって定められていなければならないとする原則である。⁽²⁰⁾ 言い換えれば、国が制定した刑法を除いては、社会規範を根拠に処罰してはいけないということである。それなら、少数民族の慣習法も刑法の法源になることはできない。しかし、第三の解決を主張する立場は、慣習法が被告人に有利な場合でも、罪刑法定主義原則によって慣習法は排斥されなければならないのかを問う。この観点から、被告人に有利な慣習法は例外として、その適用の余地を説くのである。ただ、こうした例外が認められるかどうかという点については、中国の刑法理論では、そうした例外を肯定するのが通説であるものの、その体系的な位置づけなどをはじめ、まだ十分に議論されていない現状である。⁽²¹⁾ 中国の通説では、日本と同様に、罪刑法定主義の形式的派生原則として、刑罰法規不遡及の原則、慣習刑法の禁止、絶対的不定期刑の禁止、類推解釈の禁止が挙げられる。⁽²²⁾ この中で、絶対的不定期刑の禁止は立法に対する原則であるが、ほかの三つは、司法に対する原則である。そして、司法に関して言えば、刑罰法規不遡及の原則、慣習刑法の禁止および類推解釈の禁止は、そもそも罪刑法定主義が処罰の制約にその本質がある以上、「有罪」にすることに対しての派生原則であり、「無罪」にすることに対する原則ではないと解される。言い換えれば、刑法に規定がない行為を、たとえば刑法以外の慣習を根拠に有罪とし処罰することがいけな

いのである。他方で、慣習を根拠に無罪とするか処罰を軽減して、被告人に有利にすることまでは禁止されてはいないと解されるわけである。したがって、刑法では犯罪に当たるが、慣習法では正当化される行為を、無罪にするか軽く処罰しても、罪刑法定主義の形式的派生原則には違反しないとされるのである。

つまり、罪刑法定主義の形式的派生原則を実質的観点から見ると、次のような結論が得られる。罪刑の法定には、一定の行為を有罪とし（犯罪化）または加重処罰する（重罰化）という機能がある。言い換えれば、罪刑法定主義の原則は「有罪」か「無罪」かを分ける機能を持ち、その形式的派生原則の機能が「有罪」とすることの制限にあるとすると、その実質的な機能はいわば「無罪」の方に向けられている。だから、罪刑法定主義の下では、少数民族の慣習法の考慮が合理性を持つのは無罪にする方向である。具体的に言うと、たとえある行為が、少数民族の慣習法によれば処罰すべきであっても、もしその行為が刑法では犯罪とはならないのであれば、慣習法に従って犯罪として処罰してはいけないであろう。だが、ある行為が、慣習法では犯罪でない場合、または犯罪だとしても処罰が軽い場合には、たとえ刑法で犯罪として重く処罰すべきときであっても、慣習法を根拠に無罪にするか軽く処罰することができる⁽²³⁾と思われるのである。

ただ、このように、罪刑法定主義の下でも、少数民族の慣習法が処罰に当たって考慮できるとしても、その考慮の理論的な位置づけをどうするかは、さらに問題となる。犯罪行為の処罰は立法府が制定する法律によらなければならないというのが原則である。このことは、法意識が乏しく、特殊な文化・伝統を有する少数民族の地域において、法規範意識を培うのには、とりわけ重要である。少数民族の慣習法は国家の刑事法の運用の基礎にはなりうるが、これが犯罪行為を処罰する直接の根拠となることはもちろん、無罪としまたは軽く処罰する直接の根拠となってもいけないであろう。つまり、少数民族の慣習法は、国家の刑法の犯罪

理論体系の中で、実質的な解釈によって刑事事件の解決に関与することしかできないと思われる。そして、ここに一つ大きな問題が生ずる。中国においては、犯罪が成立するには、犯罪の客体（法益）、犯罪の客観面（行為）、犯罪の主体（責任能力）、犯罪の主観面（故意と過失）の四つの要素が揃わなければならないとされている。そこで、慣習法を根拠に無罪としたりは軽く処罰するには、この四つの犯罪成立要件の中にどのように位置づけるかが問われるのである。⁽²⁴⁾

三、罪刑法定主義と慣習法

(一)慣習法の適用を禁止する見解の検討

慣習法の適用に関する中国の論争では、すでに概観したように、その適用は禁止すべきだという主張が従来の主流である。しかし、少数民族の慣習法は、特に金銭で命の対価を弁償するやり方は、禁止によっても根絶することはなく、むしろ近年ではより多く適用されているのが実情である。青海省黄南チベット族自治州中級人民法院が発表した数字によると、黄南チベット族自治州では、金銭で命の対価を弁償する慣習法に基づいて刑事事件を解決するのは、ある程度の普遍性を持っている。特に、調和のとれた社会秩序構築の政策の影響で、その適用はますます多くなっている事実がある。

この慣習法の適用が司法上の腐敗問題をもたらす可能性について議論があるが、チベット族が居住する地域では、そうしたことは問題にならないとされている。なぜなら、この慣習において調停を取り仕切るのは、村あるいは部落の人望のある人が宗教関係者であり、彼ら自身はチベット系仏教の忠実な仏教徒で、このようなチベット系仏教の下では、腐敗はありえないからである。

金銭で命の対価を弁償する慣習法の積極的意義について、黄南チベット族自治州中級人民法院側は、この慣習法は、チベット族居住地において、調和のとれた社会秩序構築にそれなりの意義があると主張する。な

ぜなら、刑事事件が民間において被害者側と被疑者側の諒解のもとで解決できるのなら、司法のコストが節約できることになって、社会全体から見ても悪いことではないからである。⁽²⁵⁾

金銭で命の対価を弁償する慣習法は、中国学界の主流が主張するように何の価値もない古い慣習ではなく、社会秩序の修復方法として、それなりの合理性を持っていると思われる。それは存在するから合理的なのではなく、合理性があるからこそ根強く存在するのであろう。この慣習法がある程度の合理性をもつ以上、それを完全に否定する必要はないのではないかと思わざるを得ない。学界の多数説および一部の実務がこれを批判・禁止するのは、政治上の正確性は否定できないが、同時に応報型司法独断性（応報型司法至上主義）⁽²⁶⁾の結果ではないかと思われる。

金銭で命の対価を弁償するチベット族の慣習法ばかりでなく、他の少数民族の慣習法においても、調停で刑事事件を解決する慣習がある。例えば、壮族は、慣習法に違反したほとんどの行為について、仲裁を通じて争いを収めようとする。瑶族は、何かの事件が発生すると、村または部落の長老を訪ね、彼の指示に従って慣習法で問題を解決する。苗族も、刑事事件に対して、まず調停で解決しようと試みる。何回調停しても双方の間で合意できない場合は、長老に裁決を求める。景頗族は、内部の紛糾については、まず同じ名字の長老に調停してもらうが、それで解決できない場合は、部落の長老に報告して、彼が異なる名字の長老を集めて皆で解決する。白族の慣習法では、同村の家族間の紛糾あるいは別の村との紛糾は、長老に頼んで解決する。⁽²⁷⁾

応報型司法においては、すべての刑事事件の解決は国家専属であり、たとえ少数民族の慣習法を活用することが刑事事件の解決に簡便であっても、これを適用できない。もし慣習法により刑事事件を処理したら、それは国家の刑事裁判権を僭越することになる。しかし、前述のように、慣習法の適用が国の刑事裁判権を僭越すると理解することは、応報型司法の独断・独善のせいではないかと思われる。伝統的応報型司法において

は、刑事事件の解決のすべてが国家によることとなるから、被害者およびその親族らの要求を満足させることができないが、慣習法によった場合は、村の長老等の第三者によって調停がなされるから、被害者と加害者の双方が納得することが多い。少数民族の慣習法の視角から見る限り、国家の裁判による刑事事件の解決は、被害者と加害者の両方にとって、時間的にも金銭的にもコストが高すぎ、かつ調和のとれた社会秩序の修復に適さないから、慣習法による解決を選ぶのである。つまり、伝統的刑事司法による解決の不完全性こそが問題であり、慣習法によった場合にこそ、ある程度双方ともが納得できる社会秩序の修復の結果がもたらされることが、慣習法が根強く存在する原因ではないかと思われる。現在の中国の実情を前提とすれば、少数民族の慣習法の考慮を一切排斥することは穏当でないと考えられる。

問題は、何の法律的根拠も理論的根拠も示されないまま、明確な適用根拠を欠く慣習法をそのまま適用することはできないことであろう。

(二)自治立法権と変通権により慣習を考慮する見解の検討

少数民族の慣習法の適用について、自治立法権と変通権によって解決すべきだという主張に対して、一部の学者は「刑法90条は、法制の統一を守りながら、少数民族地域の特徴も考慮したもので、これは原則性と柔軟性の結びあわせであると同時に、憲法の原則と民族政策を徹底的に貫いた、大いに意義ある規定である⁽²⁸⁾」と賛意を表した。

しかし、刑法90条の規定は立法法8条の規定と矛盾しないかどうか問題になる。その問題の本質が顕在化したのは、2000年に立法法が制定されたことによる。憲法58条は、「全国人民代表大会と全国人民代表大会常務委員会は、国家の立法権を行使する」と規定しているが、どういう事項が法律によって規定されるべきかについては、明確な規定がない。これに対して、立法法8条は、法律により規定すべき事項として10項目を挙げているが、その中に「犯罪と刑罰」の項目が含まれている。つまり、刑法第90条の授權規定と立法法8条の規定が矛盾するよう見える

のである。この問題は、以下に取り上げるような幾つかの法条から判断する必要がある。

立法法63条は、「省・自治区・直轄市の人民代表大会及び常務委員会は、その地域の具体的情況と実際上の必要により、憲法、法律及び行政法規と抵触しない範囲内で、地方の法規を制定する権限を有する。」と規定するが、これは憲法100条の規定内容とほぼ一致している。また立法法66条は、「自治条例と単行条例の制定により、地域の民族の特徴に照らして、法律及び行政法規の規定を变通させることができる。ただし、法律または行政法規の基本原則と抵触してはならないし、憲法、民族地域自治法若しくはその他の法律または行政法規が民族自治について特別に規定した内容を変通させてはならない。」と規定する。これらの条文から見る限り、刑法90条の理解につき二つのことが問題になる。一つは、省あるいは自治区の人民代表大会は、同条の授權を根拠に刑法を变通させ、またはその補充規定を制定する権限を持つのかどうかである。⁽²⁹⁾ もう一つは、自治区の人民代表大会が制定する自治条例または単行条例において、犯罪と刑罰について变通させることはできるのかどうかである。

刑法90条の規定について、「我が国の異なる民族は、社会・歴史的原因により、政治・経済・文化上の発展に差があるので、刑法の適用において画一的な要求をすることはできない。少数民族の慣習を尊重しなければならない。」⁽³⁰⁾との指摘がなされている。この指摘から条文の立法目的が窺われるが、この条文による授權が立法自治権に関するものか地方立法権に関するものかについて、理解が別れている。

この点については、刑法制定の経緯等に鑑みると、自治区または省の人民代表大会が法規を变通させ、または補充規定を制定する権限をもつことは、地方立法権の一種であって立法自治権ではないと考えられる。なぜなら、この条文の中の「自治区」は、地方行政区域を強調したものにすぎず、民族・地方の特殊性・自治性を強調したものではないからである。このことは、「中華人民共和国刑法条文の解説・立法理由及び関

連規定」の中で、「変通及び補充規定の制定については、自治区または省の人民代表大会に権限があり、全国人民代表大会の許可を得てから実施することができる。その他の部門は、変通及び補充規定の制定に関する権限を有しない。」と説明されていることから分かる。⁽³¹⁾

たしかに、その後、地方組織法および憲法の公布・施行に伴って、関連する法律の条文やそこにおける授權の性質が変わり、地方立法権が立法自治権に転換することとなった。だが、刑法については、その特殊性のために、このような転換が生じなかったと考えられる。前にも触れたように、立法法8条は、法律により規定すべき事項の中に「犯罪と刑罰」を挙げているし、同9条では、犯罪と刑罰、国民の政治権利の剥奪、自由の制限、強制措置および司法制度については、そうした授權が制限される、と規定している。他にも、地方立法権は64条に規定された範囲に制限され、第8条において掲げられた項目については立法できない、と規定している。

こうしたことから、刑法90条の規定と立法法の規定は矛盾していると言わざるを得ないように思われる。つまり、省・自治区の人民代表大会が変通・補充の権限をもつ法規は、その地方性に関わる法規にとどまるのであって、犯罪と刑罰については、そうした権限がないのである。刑法第90条に明確な規定があるにもかかわらず、今まで刑法の規定を変通させて施行した例がないのは、こうしたことと関係があると考えられる。「刑法90条の規定は捻られており且つ恣意的な規定であって、殆んど意味がない。1979年刑法が施行されてから、刑法を変通させまたは補充して適用した自治地方は一つもないが、変通させる必要がないわけではない。民族自治地方では、解釈または政策を根拠に変通させて適用している。」⁽³²⁾という指摘が、その実情を物語っている。

憲法116条の規定によれば、自治地域は立法の自治権を持つ。広義の立法自治権には、変通執行権と停止執行権が含まれるが、変通執行権と停止執行権には次の二種類がある。一つは、民族自治地域の権力部門が、

法律の特別授權により行使するもので、例えば民法通則⁽³³⁾、婚姻法、相続法、森林法、刑法等は、特別授權されている。もう一つは、民族自治地域が、民族地域自治法20条により、国の関連部門の決議、決定、命令または指示内容を変通させて執行するか、執行を停止するものである⁽³⁴⁾。それでは、省の人民代表大会は、刑法を変通させ、または補充する権限を持たないが、自治条例または単行条例において、刑法を変通させ、または補充することは許されるのか？

この問題は、自治法規の法的地位と関連性がある。一部の学者は、「自治区または省の人民代表大会が法律を変通させ、または補充する権限をもつという規定は、法律の変通施行権であり、刑法90条の規定は、地方立法権を不当に拡大したもので、憲法、民族地域自治法および立法法と矛盾する⁽³⁵⁾」と指摘している。このような主張は、変通および補充の規定は地方性を有する法規だと理解している。もうひとつの主張は、変通・補充の規定は、その性質から見る限り、特別刑法または単行刑事法規に属する⁽³⁶⁾、と理解している。

刑法の変通・補充規定は「法律」の範疇に属するという主張は、立法部門・内容、許可の手続き等が、地方性を有する法規に比べて、特殊であることを根拠としている。だが、その根拠からの推論過程に問題があると思われる。つまり、「自治法規は地方性を有する法規ではない」という前提から、「自治法規は法律」だという結論を得るが、その大前提は、「地方性を有する法規ではない法規は、法律である」という定式であり、その定式自身に疑問があるのである。変通・補充規定は地方性を有する法規に属するという主張は、立法法の中の自治条例と単行条例の制定権に関する条文の解釈からの結論である。立法法第四章は、地方性を有する法規と自治条例・単行条例を第一節に規定しているが、これは二者の共通点を強調するとともに、異なる点もあることから、特殊な関係にあることを示している。だから、一部の主張は、地方性を有する法規を、さらに「一般的地方法規」と「自治条例」、「単行条例」に分ける

のである。このような主張は、二者の共通点と異なる点を認めながら、共通点が重要であると考えている。例えば、「自治条例と単行条例は、我が国の形式的法体系の中で、憲法、法律及び行政法規より一段と低いものである。その特殊性に鑑み、効力に関して区別する必要性はない。」⁽³⁷⁾との見解は、そうした理解を示している。そして、このような理解は、正しいことではないかと思われる。

こうして、自治区の自治条例を含め、単行条例等の自治法規は、特殊な地方性のある法規であるから、犯罪と刑罰について規定する資格を持たないであろう。この問題の解決は、特別刑法の制定によって図られなければならない。特別刑法は、全国人民代表大会または全国人民代表大会常務委員会しか制定権を持たない。中国の歴史の中で、少数民族に関する法律は、全て中央政府によって制定されているのである。例えば、清朝の「理蕃条例」や「モンゴル条例」等がその典型である。

上記のように、地方の自治立法による変通は十分な法的根拠を持たず、そうした変通と中央によるその許可を含めて立法的な解決がはかられた実例がいまだにない現状では、この解決を説く見解も与しがたいものがあると言えよう。

(三) 罪刑法定主義の解釈により慣習を考慮する見解の検討

少数民族の慣習法の適用は、罪刑法定主義の解釈によって解決すべきだと主張する論者は、すでに見たように、罪刑法定主義における慣習法の禁止は、行為類型に可罰的違法性を認めて犯罪化し、また刑を加重する場面における禁止を意味する、と解する。だから、成文刑法の規定を慣習法に基づいて廃止し、構成要件を縮小し、また刑を減輕するのは、慣習法を禁止する原則に違反しないとする。⁽³⁸⁾言い換えれば、当事者に不利な慣習法の適用は禁止されるが、有利な慣習法の適用は許されるという主張である。例えば、慣習法によって、新しい正当化事由の認定、免責事由、人的処罰阻却事由および客観的処罰条件等の創設・拡大は、いくらかでも許されることになる。実際に見ても、正当行為以外の「その他

の社会常識に違反しない行為」は、慣習法の縮小によって法律上の慣行が想定される正当化事由である。そして、不真正不作為犯の保証人的地位や、原因において自由な行為の責任根拠、水利妨碍罪における水利権等について解釈する際には、慣習法が補充規範として間接的法源性⁽³⁹⁾を認められている。

慣習法による超法規的違法阻却事由が存在しうるかどうかについては、現行刑事制定法には明確な判断根拠となる規定がない。ただ、事実上、すべての合法化事由を法律上に明文で規定するのは、立法的にも理論的にも不可能である。まず、立法者の理性には限度があり、すべての合法化すべき事由を漏らさずに法律上規定することは期待できない。次に、たとえこれが可能であっても、そうする必要がない。歴史を見る限り、社会の発展に伴い、新しい合法化事由が必要になるとともに、過去の合法化事由も拡大されるか縮小・否定されるかがちである。だから、法律および法秩序の安定性を保ちながら、合法化事由を開放的に受け入れる一方、できるだけ広く解釈する必要がある。明文の根拠がないことは、慣習法による超法規的違法阻却事由の存在を否定する理由とはならないであろう。なお、実は、超法規的違法阻却事由を認めても、刑法の保障機能を妨げることはない。ここで問題になるのは、可罰性に対する制限であり拡大ではないからである。こうして、「根本的に言えば、許される規範の法源としては、制定法以外に、国際法、慣習法および社会の最高価値観が目指す超実定法 (ueberpositives Recht) をも考える必要がある⁽⁴⁰⁾。」とも説かれているのである。

実際に、慣習法上の一部の行為が類型化され、超法規的な違法阻却事由として適用されるケースもないわけではない。例えば、正当な業務行為は、中国では、普通、超法規的な違法阻却事由として認められる。このような行為は、特定の業種または職業に基づき行われるもので、継続的または反復的になされるのがその特徴である。外科手術等の医療行為や、ボクシング等のスポーツ競技等が、その典型である。このような行

為が、外観上は犯罪の構成要件に該当するが、社会共同生活上欠かせない行為として、社会観念上正当化されるのである。これが正当な業務行為について違法を阻却する理由であるが、このような行為に対して、慣習法の角度から補足的説明をすることも可能なのである。たとえば、「医療行為は長い医療実践において慣習的な操作で、このような操作は、医療という業種においての慣習法でもある。スポーツ競技も競技ルールに反していない限り、スポーツ競技界の慣習法だと言っても過言ではない。だから、このような特定された業種または職業の範囲内においては、行為が慣習法規則に反しない限り、通常社会の期待および人々の法意識に反していないため、具体的社会相当性を持つことによって違法性が阻却されるのである。⁽⁴¹⁾」というような説明がそれである。

こうしたことを踏まえると、中国少数民族の慣習法を、超法規的な違法阻却事由の根拠になるものとして位置づけても、罪刑法定主義の原則に違反したとは言えないであろう。なぜなら、結局この場合も、慣習法に基づき超法規的な違法阻却事由を認めたとしても、被疑者・被告人の人権侵害にならないばかりでなく、その人権保障になるからである。しかも、この場合には慣習を考慮に入れることから、すでに言及したように関係当事者の納得も得られる見込みがあるのである。罪刑法定主義の解釈によって解決をはかるという方法には、一定の合理性があるように思われる。

ただ、前にも触れたように、少数民族の慣習法の適用が主に想定されるのは、婚姻・家庭、精神・信仰、生産生活、紛争救済、の四分野である。この中で、婚姻・家庭と生産生活の分野で発生した事件については、慣習法を根拠として、超法規的な違法阻却事由として処理しても、それほど深刻な問題は生じない。だが、精神・信仰と紛争救済の分野では、簡単に超法規的な違法阻却事由として無罪等にすることはできないと思われる。なぜなら、これらの場合には、殺人や傷害罪等、生命および人身の安全と深く関わるものが通例だからである。こ

の分野での慣習法の適用については、刑事単行法（特別刑法）によって解決すべきだと思われる。

また、すでに触れたように、慣習法を超法規的な違法阻却事由の根拠として位置づけるには、犯罪成立理論との関連性も問題になる。なぜなら、構成要件該当性、違法性および有责性という三段階の犯罪成立論の場合は、このような問題は、違法性の段階で処理しうる。だが、中国の場合には、犯罪の客体、犯罪の客観面、犯罪の主体、犯罪の主観面という、四つの要素を考える。その場合に、その四つの犯罪成立要件の中で、超法規的違法阻却事由をどこに位置づけるかが問題になるのである。今の段階で、この問題を解決する唯一の方法は、刑法13条但書きの活用ではないかと思われる。つまり、「情状が著しく軽く、危害性が大きくない」場合の措置の規定を適用して、慣習法に従ったことを処罰阻却事由（慣習法による実質的な違法阻却）として位置づけることであろう。

四、結びにかえて

中国は多民族国家であり、少数民族の多くは西部に同一民族でかたまつて住む。彼らは、特殊な伝統および自然環境の影響で、漢民族とは違う法文化を持っている。犯罪と処罰についても、彼らはいまだに慣習法を主な法源としている。これが、罪刑法定主義による慣習法排除の要請と衝突するものとして、社会問題になっている。

慣習法の適用については、これを禁止すべきだという主張がかつては主流であった。だが、禁止によっても根絶されなかったばかりでなく、今ではいっそう多く適用される傾向にある。こうした実情を見ると、適用禁止の主張は妥当だとは考えられない。

少数民族の慣習法の適用について、自治立法権と変通権によって解決すべきだという主張もある。その根拠は刑法90条である。だが、この規定は立法法8条と矛盾する。なぜなら、自治区の自治条例を含め、単行条例等の自治法規は、特殊な地方性のある法規であって、犯罪と刑罰に

ついて規定する「法律」としての資格を持たないからである。自治立法権と変通権によって解決する方法も妥当だとは考えられない。立法的解決を目指すのであれば、特別刑法によるべきである。

少数民族の慣習法を、超法規的な違法阻却事由の根拠になるものとして位置づけても、罪刑法定主義の原則に違反するとは言えない。だが、すべての事件において、慣習法に従ったという事情を超法規的違法阻却事由として考慮するのは、妥当ではない。軽微な事件では、そのような処理で問題はないが、特に傷害や殺人などの重大事件には適用できないと思われる。こうした場合については、その処理について特別刑法の制定に頼らざるを得ないと考えられる。

少数民族の慣習法について、その考慮の仕方を特別刑法（単行法）によって解決すると、以下のメリットがある。第一に、刑法90条と立法法第8条との矛盾をなくすることができる。第二に、授權主体の範囲の問題を解決できる。全国人民代表大会常務委員会において特別刑法を制定すると、省や自治区の人民代表大会による変通施行権や自治州・自治県による変通施行権の問題もなくなる。第三に、1979年に第一部刑法が施行されてから、社会問題や経済問題について、少なくない数の単行法が制定され、適用されてきたという先例がある。一部は刑法改正の際、刑法典に吸収されたが、特別刑法の制定・運用による混乱は生じない。第四に、この解決は、刑法の基本構造に影響を与えない。刑法を変通させて適用するには具体的規定が必要であり、その場合に条文の数が少ないと現実に役立たないが、多過ぎると刑法の構造に影響が生ずる。特別刑法の場合は、細かく規定しても、刑法の全体構造に影響を与えることはない。第五に、従来の立法に関する基本的考え方を最大限に留保することができる。特別刑法によって少数民族地域の問題を解決すると、形式的には立法自治権における変通制度の適用範囲を縮小するおそれもあるが、実際には、それが不都合な結果をもたらす問題となる心配はない。なぜなら、立法法および全国人民代表大会組織法によると、立法を行う全国

人民代表大会でも、地方の代表団または代表30名が連名で立法の提案をすることができるからである。

刑法における少数民族の慣習法の問題については、少なくとも部分的には、その考慮の仕方を特別刑法で規定していく方向を考えるべきではなからうか。

[註]

- (1) 山中敬一『刑法総論』(成文堂, 1999年) 63頁。
- (2) 平川宗信『刑事法の基礎 第2版』(有斐閣, 2013年) 116頁。
- (3) 平川・前掲注(2) 117頁。
- (4) 「他人に病気をもたす魔力を持っている」という意味合いである。
- (5) 杜宇『重拾一種被放逐の知識伝統』(北京大学出版社, 2005年) 105頁。
- (6) 杜宇・前掲注(5) 100頁。
- (7) 普通, 故意による殺人罪は死刑または死刑・執行猶予2年である。
- (8) 杜宇・前掲注(5) 96頁。
- (9) 杜宇・前掲注(5) 77頁。
- (10) 杜宇・前掲注(5) 84頁。呉らが石家に乱入して、婦女誘拐を理由に、石家の豚1頭を殺すとともに牛1頭を連れ去ったことにつき、人民法院は調停を図ったが、両方の意見が一致しなかったため失敗した。その後、事件は地方政府の調停に任されたが、呉の不服により、地方政府は事件を県公安局に任せた。県公安局は呉らを不法侵入罪と強盗罪で検察当局に移送した。検察当局は、王が前の婚約を解除する前に、結婚手続もしないで他人と同居することは違法であると認定し、被疑者呉が、王が他人と同居していることを知った後に、王家から牛と豚を連れ去ったことは、違法行為ではあるが、地元の慣習によったもので、犯罪としては処罰できないことを理由に不起訴とすることにした。
- (11) 陳泉鑫『罪刑法定視野下的習慣法』福建法学(2009年第4期) 13頁。
- (12) 1979年中国刑法の「無頼罪」(160条)に当たったが、その削除後の今の刑法によっては処罰できない。
- (13) 杜宇『当代刑法実践中的習慣法』中外法学(2005年第1期) 98頁。
- (14) 杜宇・前掲注(13) 98頁。
- (15) 張濟民『尋根理枝——藏族部落習慣法通論』(青海人民出版社, 2002年) 391頁。
- (16) 政法委員会とは、法院、検察院および公安局を統括する共産党の部門で

ある。

- (17) 蘇永生『刑法与民族習慣法的互動關係研究』(科学出版社, 2012年) 124頁。
- (18) 張波『刑法法源研究』(法律出版社, 2011年) 113頁。
- (19) 張波・前掲注(18) 114頁。
- (20) 井田良『講義刑法学.総論』(有斐閣, 2011年) 31頁。
- (21) 蘇永生『論罪刑法定原則与習慣法』法制与社会發展(2009年第5期) 12頁。
- (22) 張明楷『刑法学』(法律出版社, 2011年) 54頁。罪刑法定主義の実質的派生原則として挙げられるのが、明確性の原則と適正処罰の原則である。
- (23) 蘇永生・前掲注(21) 12頁。
- (24) 犯罪成立理論を改めて、「構成要件該当性、違法性、有責性」の三要件の理論に転換することが要請される。
- (25) 蘇永生・前掲注(17) 124頁。
- (26) 蘇永生・前掲注(17) 124頁以下。
- (27) 高其才『中国少数民族習慣法研究』(清華大学出版社, 2003年) 188頁。
- (28) 高銘暄『中華人民共和国刑法的孕育和誕生』(北京大学出版社, 2012年) 8頁。
- (29) 刑法90条の規定と憲法および立法法とは矛盾しないという主張がなされている。その理由として、張波『刑法法源研究』(法律出版社, 2011年) 121頁は、次の二つを挙げる。法律の変通権(もちろん刑法も含まれる)は、法律(ここでは刑法)の根拠以外に、憲法および自治立法権を根拠とするが、憲法および民族地域自治法の立法権限の方が立法法のそれより上位で大きい。また、立法法にも法律の変通権についての規定(66条)があり、立法法第8条をもって刑法の変通権を否定することはできない。
- (30) 高銘暄・前掲注(28) 80頁。
- (31) 全国人大常委会法制工作委员会刑法室『中華人民共和国刑法条文の説明.立法理由及び関連する規定』(北京大学出版社, 2009年) 115頁。
- (32) 梁華仁=石玉春『論刑法在少数民族地区的变通』政法論壇(2011年第2期) 65頁。
- (33) 中国では、民法典がまだ制定されていないが、臨時民法典として民法通則がある。
- (34) 吳宗金『中国民族地域自治法学』(法律出版社, 2004年) 92頁以下。
- (35) 竹懷軍『刑法在民族自治地方变通或者補充的幾個基本關係』法学雜誌(2005年第2期) 51頁等。
- (36) 吳大華『論少数民族犯罪的立法控制』雲南大学学报(法学版)(2005年第2期) 62頁等。
- (37) 周旺生『立法学』(法律出版社, 2009年) 294頁。

- (38) 裴鍾大『刑法總論』(弘文社, 2005年) 82頁。
- (39) 裴鍾大・前掲注 (38) 82頁。
- (40) 漢斯 = 海因里希 = 耶賽克托馬斯 = 魏根特『德国刑法教科書』(徐久生譯)
(中国法制出版社, 2001年) 393頁。
- (41) 杜宇・前掲注 (5) 216頁。